

**TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA**

**AJU: ASSESSORIA JURÍDICA**

**ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE CACULÉ**

**PROCESSO Nº 08501e21**

**PARECER Nº 00816-21**

**EMENTA:** EMENTA: LEI FEDERAL Nº 14.151/2021. NÃO APLICAÇÃO AO SERVIÇO PÚBLICO.

1) Com base nos arts. 23, II, e 198, I, da Constituição Federal, bem como na decisão do STF, a Lei Federal nº 14.151/21 não se aplica ao serviço público municipal, uma vez que, além de se referir especificamente à empregada gestante, o Município possui competência administrativa própria para adotar as medidas necessárias ao combate à epidemia do Coronavírus;

2) Considerando que a Lei Complementar nº 173/20 permite a contratação por tempo determinado, caberá ao Gestor, diante da realidade fática do seu Município e da situação excepcional porventura existente, avaliar e decidir acerca da real necessidade de contratações temporárias, observando as hipóteses e os requisitos constantes na Lei local que disciplina a referida situação, destacando que a realização de contratações temporárias deverá ser precedida de justificativa fundamentada e da comprovação fática da situação excepcional invocada e deverá persistir pelo tempo estritamente necessário à cessação da causa que motivou a contratação;

O Prefeito do Município de Caculé, Sr. Pedro Dias da Silva, por meio de expediente endereçado ao Presidente deste TCM, aqui protocolado sob o nº 08501e21, questiona-nos acerca da possibilidade de se aplicar a Lei 14.151/21 ao serviço público, nos seguintes termos:

“1.A nova Lei nº 14.151/2021 se aplica ao serviço público?

2.Em caso positivo, há alguma restrição a sua aplicação?

3.Em caso de impossibilidade de realização de teletrabalho ou trabalho remoto, o município pode contratar servidores temporários para substituir as gestantes ou

realocá-las em outra função administrativa, tendo em vista a vigência da Lei Complementar nº 173/2020?

Inicialmente, cabe-nos registrar que **os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese, consoante regra disposta no art. 3º, §4º da Res. TCM nº 1392/2019 - Regimento Interno, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante de casos concretos apresentados.**

Ademais, antes de adentrar ao mérito da consulta sob exame, ressalte-se que, **na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação apresentada, este Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou da Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.**

Feitas tais considerações, passa-se a traçar os esclarecimentos necessários a respeito da temática extraída da proposição trazida pela presente Consulta.

Em 12 de maio do corrente ano, foi publicada a Lei nº 14.151/2, que dispõe sobre o afastamento da empregada gestante das atividades de trabalho presencial durante a emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do novo coronavírus, prevendo da forma que segue:

“Art. 1º Durante a emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do novo coronavírus, a **empregada gestante** deverá permanecer afastada das atividades de trabalho presencial, sem prejuízo de sua remuneração.

Parágrafo único. A empregada afastada nos termos do caput deste artigo ficará à disposição para exercer as atividades em seu domicílio, por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou outra forma de trabalho a distância.” (Grifo nosso)

Depreende-se que a aludida Lei Federal trata especificamente a respeito da empregada gestante, não estendendo o afastamento das atividades presenciais para as servidoras públicas gestantes, o que, de logo, já responde ao primeiro questionamento do Consulente.

Registre-se que, no que se refere à competência para cuidar da saúde, a Constituição Federal estabeleceu a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para tal atribuição, consoante disciplinado em seu art.23, II:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

Quanto à competência legislativa, a Carta Magna estabeleceu a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre a proteção e defesa da saúde, em seu art.24, XII. Percebe-se que ela não fez menção aos Municípios:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

Neste ponto, faz-se pertinente salientarmos que, no que diz respeito às ações emergenciais de combate à disseminação do coronavírus, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade, mediante decisão exarada no referendo da medida cautelar deferida na ADI 6341, cuja ementa se encontra abaixo transcrita, defendeu a necessidade de que o art.3º, da Lei Federal nº 13.979/2020 fosse interpretado de acordo com a Constituição, esclarecendo que a União pode legislar sobre saúde pública, o que não afasta a competência própria nem a tomada de providências normativas e administrativas dos Estados, Distrito Federal e Municípios:

EMENTA: REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. **COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL.** HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA.

1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações.
2. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar.
3. O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios.
4. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do caput do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles
5. É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços.
6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde.
7. Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde.
8. Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais.

Desta forma, o STF concedeu parcialmente a medida cautelar para dar interpretação conforme à Constituição ao §9º, do art.3º, da Lei 13.979, com intuito de explicitar que, preservada a atribuição de cada ente federado, nos termos do inciso I do art.198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante Decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais.

O referido inciso I, do art.198, da Carta Magna assim prevê:

“Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;”

Verifica-se, através da recente decisão do STF, que cada ente da Federação, durante a emergência internacional causada pela rápida disseminação do coronavírus, possui competência administrativa comum para estabelecer medidas de restrições para o funcionamento de atividades comerciais, de isolamento social, de quarentena, e inclusive quanto à possibilidade ou não do afastamento de servidoras gestantes do trabalho presencial.

Assim, respondendo ao primeiro questionamento, com base nos arts. 23, II, e 198, I, da Constituição Federal, bem como na aludida decisão do STF, a Lei Federal nº 14.151/21 não se aplica ao serviço público municipal, uma vez que, além dela se referir especificamente à empregada gestante, o Município possui competência administrativa própria para adotar as medidas necessárias ao combate à epidemia do Coronavírus.

**O segundo questionamento resta prejudicado tendo em vista a resposta negativa da primeira pergunta.**

Em relação à terceira pergunta, cabe-nos registrar que **todos os entes, administração direta e indireta, estão sujeitos às regras da Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020** que “Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid – 19), altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências”.

Pois bem, em face deste cenário calamitoso, o TCM/BA já orientou diversos jurisdicionados por meio de pareceres consultivos, todos de consulta livre no portal do

Tribunal. Sobre a temática abordada, verifica-se que já houve orientação desta Corte de Contas no “Painel de Informações Coronavírus”, consultas DAM/AJU – Parecer DAM Concurso em Ano Eleitoral<sup>1</sup>, cujo trecho destacamos:

Por fim, cabe destacar os demais dispositivos da Lei Complementar nº 173/2020 que impactam diretamente na realização de concursos públicos, quais sejam, art. 8º, II, IV e V e §§ 1º e 3º, e art. 10.

**O art. 8º impede os Municípios, até 31 de dezembro de 2021, de criar cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa (inciso II); estende tal proibição a admitir ou contratar pessoal, a qualquer título, ressalvadas dentre outras hipóteses, as reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios (inciso IV), bem como a realização de concursos públicos, exceto para a reposição de vacâncias mencionadas no inciso IV (inciso V). O §1º deste artigo disciplina as contratações temporárias para combate à pandemia (não se aplicando à presente consulta), e o §3º que autoriza a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual a tratar de concursos públicos, contratação de servidores, criação de cargos, dentre outros, desde que sejam implementados após 31 de dezembro de 2021.**

Assim, respondendo ao que foi indagado, **TEM-SE QUE NÃO HÁ IMPEDIMENTO LEGAL PARA QUE O MUNICÍPIO CONTRATE EMPRESA PARA REALIZAR CONCURSO PÚBLICO, DESDE QUE OBSERVE AS VEDAÇÕES CONSTANTES DAS LEIS ELEITORAL, LRF E LC Nº 173/2020, OU SEJA, O CONCURSO DEVE SER PARA OCUPAÇÃO DE VACÂNCIAS E NÃO CARGOS NOVOS; NÃO DEVERÁ OCORRER AUMENTO DE DESPESA; AS NOMEAÇÕES SOMENTE OCORRERÃO APÓS O PERÍODO LEGAL E, POR FIM, O MUNICÍPIO DEVE REALIZAR UM ESTUDO PRELIMINAR, A FIM DE IDENTIFICAR O IMPACTO DA DESPESA COM A CONTRATAÇÃO DA EMPRESA PARA REALIZAÇÃO DO CONCURSO E A NECESSIDADE DO CERTAME EM TEMPOS PANDÊMICOS E PRÉ-ELEITORAIS.** (grifos aditados)

Portanto, até 31 de dezembro de 2021, após a edição das vedações trazidas pelo art. 8º da Lei Complementar nº 173 de 2020, conforme disposto no parecer supramencionado, restou proibida a realização de concurso público no que se referem às nomeações que resultem em aumentos de despesa, ocupação de cargos (empregos ou função) novos, **sendo admitidas somente as reposições de vacâncias.**

Esse também é o entendimento do professor e também auditor de Finanças e Controle do Tesouro Nacional, Paulo Henrique Feijó, no seu artigo “Impactos Fiscais da Lei Complementar 173” publicado no e-book Finanças Públicas em Tempos de COVID-19, da Editora e Livraria Gestão Pública<sup>2</sup>:

1 <https://www.tcm.ba.gov.br/wp-content/uploads/2020/06/dam-concurso-em-ano-eleitoral.pdf>

2 [www.gestaopublica.com.br](http://www.gestaopublica.com.br)

Vale ressaltar que, agora, a ação que aumentar a despesa com pessoal, inclusive a nomeação de aprovados em concurso público, para que tenha efeito, deverá ocorrer até 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular do Poder Executivo. Observa-se que as alterações do art. 21 da Lei de Responsabilidade Fiscal, dispostas no art. 7º da LC nº 173/2020, vedam nomeação de aprovados em concurso público, quando esta resultar em aumento de despesa. Ocorrendo vacância de cargos, como nos casos de: morte; exoneração; demissão; aposentadoria, em princípio, não pode-se tratar como aumento de despesa, tendo em vista, a evidente substituição de servidor. (2020, p. 15)

*(grifos aditados)*

**Passando, assim, a tratar sobre a dúvida acerca da possibilidade da realização de contratação por tempo determinado para substituir as gestantes, tendo em vista as vedações impostas pelo art.8º, da Lei Complementar nº 173/2020,** faz-se pertinente tecermos, antes, breves comentários acerca da admissão de pessoal pela Administração Pública.

De logo, vale registrar que a exigência de realização de concurso público de provas ou de provas e títulos, como pré-requisito ao ato de admissão de pessoal pela Administração Pública, compreende mandamento constitucional estampado no artigo 37, II, da nossa Carta Magna de 1988.

Entretanto, a própria Lei Fundamental estabelece **algumas exceções** ao princípio do concurso público, a primeira delas presente na parte final do artigo 37, II, quando **disciplina a nomeação para cargos de confiança**, os quais estão relacionados a atribuições de direção, assessoramento e supervisão, e que, por esse motivo, caracterizam-se pela livre nomeação e exoneração.

O texto constitucional, no artigo 37, IX, ainda prevê mais uma exceção à exigência de concurso para o ingresso na carreira pública, **na medida em que o aludido dispositivo autoriza o administrador público a contratar pessoal temporariamente**, entretanto somente quando tal ato encontrar-se **fundamentado em situação de excepcional interesse público, que justifique a adoção de tal medida.**

Admite-se também a **terceirização de algumas funções consideradas a que a doutrina convencionou denominar de atividades-meio**, ou seja, aquelas atribuições

consideradas instrumentais, acessórias, no tocante ao atingimento dos objetivos inerentes à Administração Pública. **Contrário sensu, aquelas consideradas como atividades-fim da Administração, não poderão ser objeto de contrato de terceirização de mão-de-obra, sob pena de burla ao concurso público.**

É conferida, ainda, ao Poder Público, **a possibilidade de firmar parcerias com entidades pertencentes ao denominado Terceiro Setor**, as quais, constituem essencialmente entes privados, sem fins lucrativos, e que possuem como escopo o desempenho de atividades de interesse público, **contudo consideradas serviços não-exclusivos de Estado**, como ocorre, por exemplo, com serviços de saúde, educação, assistência social, etc.

**Desta forma, depreende-se das informações acima expendidas que a Administração Pública não poderá terceirizar funções que são inerentes ao Estado, nas quais estão incluídas as atividades da área da Educação. Partindo desta premissa, o Município não poderá realizar o credenciamento ou qualquer outra forma de ajuste para contratar professores, por exemplo, já que estes assumem cargos que fazem parte da atividade-fim do Estado.**

Conclui-se pela inviabilidade jurídica da celebração de qualquer espécie de modalidade de licitação cujo objeto consista, essencialmente, no fornecimento de mão-de-obra voltada às atividades-fim da Administração Pública, em substituição a servidores efetivos que deveriam estar exercendo tais atribuições, por constituir afronta ao artigo 37, II, da Constituição Federal, ou seja, burla à exigência de prévio concurso de provas, ou de provas e títulos, para provimento de cargos públicos.

**Com efeito, a alternativa que se revela adequada ao Ordenamento Jurídico, no tocante à admissão de pessoal para prestação de serviços que compõem atividade-fim da Administração, consiste na contratação temporária fundamentada em legítima e comprovada situação de excepcional interesse público, estampada no artigo 37, IX, da Lei Fundamental, uma vez que esta modalidade de admissão do Poder Público não resta incompatível com as regras insertas na LC 173.**



**Como podemos depreender da leitura do inciso IV, do art.8º, da Lei Complementar nº 173/2020, abaixo transcrito, a norma fez uma ressalva, permitindo a contratação de pessoal com base no inciso IX, do caput, do art.37, Constituição Federal:**

Art. 8º Na hipótese de que trata o art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios afetados pela calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19 ficam proibidos, até 31 de dezembro de 2021, de:

I - conceder, a qualquer título, vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a membros de Poder ou de órgão, servidores e empregados públicos e militares, exceto quando derivado de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior à calamidade pública;

II - criar cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa;

III - alterar estrutura de carreira que implique aumento de despesa;

**IV - admitir ou contratar pessoal, a qualquer título, ressalvadas as reposições de cargos de chefia, de direção e de assessoramento que não acarretem aumento de despesa, as reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios, as contratações temporárias de que trata o inciso IX do caput do art. 37 da Constituição Federal, as contratações de temporários para prestação de serviço militar e as contratações de alunos de órgãos de formação de militares;**

V - realizar concurso público, exceto para as reposições de vacâncias previstas no inciso IV;

VI - criar ou majorar auxílios, vantagens, bônus, abonos, verbas de representação ou benefícios de qualquer natureza, inclusive os de cunho indenizatório, em favor de membros de Poder, do Ministério Público ou da Defensoria Pública e de servidores e empregados públicos e militares, ou ainda de seus dependentes, exceto quando derivado de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior à calamidade;

VII - criar despesa obrigatória de caráter continuado, ressalvado o disposto nos §§ 1º e 2º;

VIII - adotar medida que implique reajuste de despesa obrigatória acima da variação da inflação medida pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), observada a preservação do poder aquisitivo referida no inciso IV do caput do art. 7º da Constituição Federal;

IX - contar esse tempo como de período aquisitivo necessário exclusivamente para a concessão de anuênios, triênios, quinquênios, licenças-prêmio e demais mecanismos equivalentes que aumentem a despesa com pessoal em decorrência da aquisição de determinado tempo de serviço, sem qualquer prejuízo para o tempo de efetivo exercício, aposentadoria, e quaisquer outros fins.

§ 1º O disposto nos incisos II, IV, VII e VIII do **caput** deste artigo não se aplica a medidas de combate à calamidade pública referida no caput cuja vigência e efeitos não ultrapassem a sua duração.

§ 2º O disposto no inciso VII do **caput** não se aplica em caso de prévia compensação mediante aumento de receita ou redução de despesa, observado que:

Tratando mais especificamente sobre a referida contratação por tempo determinado, tem-se que para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, há circunstâncias que compelem a Administração Pública a adotar medidas de caráter emergencial para atender a necessidades urgentes e temporárias e que desobrigam, por permissivo constitucional, o Gestor de realizar um concurso público.

Nesse contexto, o artigo 37, IX, da CF estabelece que para efetivação da contratação por tempo determinado, devem estar presentes os seguintes requisitos:

- a) previsão expressa em Lei; e
- b) real existência de “necessidade temporária de excepcional interesse público”.

**Veja-se que a Carta Magna não outorgou ao Administrador Público a ampla discricionariedade para escolher livremente quando deverá contratar servidores temporários**, valendo repisar, inclusive, que apenas com a superveniência de Lei regulamentadora os entes da federação poderão implementar a contratação por tempo determinado sem concurso público.

Cada ente da federação, conforme o caso, deve editar as respectivas leis, que, por sua vez, estabelecerão os casos de contratação para o atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, o prazo máximo de contratação, salários, direitos e deveres, proibição de prorrogação do contrato e nova contratação da mesma pessoa, ainda que para outra função, assim como, determinarão critérios objetivos e impessoais de recrutamento dos contratados temporariamente, a exemplo, de processo seletivo simplificado, sujeito à ampla divulgação, observada a dotação orçamentária específica.

No âmbito da União, a regulamentação do mencionado dispositivo constitucional ocorreu através da Lei nº 8.745/93, na qual estão elencadas as hipóteses de contratação temporária sem o requisito do concurso público, para atender às necessidades temporárias de excepcional interesse público.

Já na esfera Estadual, a regulamentação do mencionado inciso IX, do artigo 37, da Constituição Federal instaurou-se por meio da Lei nº 6.677/94 que, semelhante à Lei Federal, definiu as hipóteses de contratação temporária de excepcional interesse público, conforme se vê no artigo 253.

Este Tribunal de Contas, visando disciplinar a matéria, no âmbito de sua competência, aprovou o **Parecer Normativo nº 002/95**, através do qual definiu suas ações para fiscalização de admissão de pessoal para cargo ou emprego público, nos termos do artigo 37, incisos II e IX da Constituição Federal, nos seguintes termos:

“Nos precisos termos do artigo 37, II, da Constituição da República, dúvidas não se pode ter que a regra constitucional traduz-se na obrigatoriedade do concurso público, a fim de viabilizar a admissão de pessoal para cargo ou emprego público, em qualquer das esferas do Poder.

A exceção à regra nos é oferecida pelo mencionado dispositivo constitucional que ressalva as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Poder-se-á entender, em um primeiro momento, como uma outra exceção o previsto no artigo 31, IX, da Constituição.

Atente-se, não obstante, que a contratação de servidor por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, além de ser breve autorizada por lei, NÃO EXCEPCIONA, INDEFINIDAMENTE, A REGRA CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO.

Nesse caso, a contratação de pessoal, POR TEMPO DETERMINADO E BREVE, está condicionada ÀS NECESSIDADES TEMPORÁRIAS DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO, só podendo, por outro lado, SER EFETIVADA SE A ADMINISTRAÇÃO NÃO DISPUSER, EM SEUS QUADROS, DE PESSOAL QUE PARA TAL FIM POSSA SER REMANEJADO.

No âmbito federal, Lei nº 8.745/93, permite-se o ingresso de pessoas nos quadros funcionais de entidades da administração pública sem o requisito do concurso público para ATENDER A NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO, NOS CASOS DE CALAMIDADE PÚBLICA, COMBATE A SURTOS EPIDÊMICOS, RECENSEAMENTO, ADMISSÃO DE PROFESSOR SUBSTITUTO E PROFESSOR VISITANTE, ADMISSÃO DE PROFESSOR E PESQUISADOR VISITANTE ESTRANGEIRO E ATIVIDADES ESPECIAIS NAS ORGANIZAÇÕES DAS FORÇAS ARMADAS PARA ATENDER A ÁREA INDUSTRIAL OU A ENCARGOS TEMPORÁRIOS DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA.

Ainda assim, nos termos do artigo 3º, da lei nº 8.745/93, É IMPRESCINDÍVEL O PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO SUJEITO A AMPLA DIVULGAÇÃO, INCLUSIVE ATRAVÉS DO DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO.

O CONTRATO FIRMADO DE ACORDO COM A CITADA LEI, ARTIGO 12, EXTINGUIR-SE-Á SEM DIREITO A INDENIZAÇÃO. (...).”

Com relação aos requisitos autorizadores da contratação temporária ora analisada, insta trazer a lume os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, em “Curso de Direito Administrativo”, 25ª edição, Malheiros Editores, páginas 280/281:

“A Constituição prevê que a lei (entende-se: federal, estadual, distrital ou municipal, conforme o caso) estabelecerá os casos de contratação para o atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX). Trata-se, aí, de ensejar suprimento de pessoal perante contingências que desgarrem da normalidade das situações e presumam admissões apenas provisórias, demandadas em circunstâncias incomuns, cujo atendimento reclama satisfação imediata e temporária (incompatível, portanto, com o regime normal de concursos). A razão do dispositivo constitucional em apreço, obviamente, é contemplar situações nas quais ou a própria atividade a ser desempenhada, requerida por razões muitíssimo importantes, é temporária, eventual (não se justificando a criação de cargo ou emprego, pelo que não haveria cogitar do concurso público), ou a atividade não é temporária, mas o excepcional interesse público demanda que se faça imediato suprimento temporário de uma necessidade (neste sentido, ‘necessidade temporária’), por não haver tempo hábil para realizar concurso, sem que suas delongas deixem insuprido o interesse incomum que se tem de acobertar.”

No particular, merece ser reproduzido o posicionamento do E. Supremo Tribunal Federal, vejamos:

“1) A contratação temporária prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição da República não pode servir à burla da regra constitucional que obriga a realização de concurso público para o provimento de cargo efetivo e de emprego público. 2) O concurso público, posto revelar critério democrático para a escolha dos melhores a desempenharem atribuições para o Estado, na visão anglo-saxônica do merit system, já integrava a Constituição Imperial de 1824 e deve ser persistentemente prestigiado. 3) Deveras, há circunstâncias que compelem a Administração Pública a adotar medidas de caráter emergencial para atender a necessidades urgentes e temporárias e que desobrigam, por permissivo constitucional, o administrador público de realizar um concurso público para a contratação temporária. 4) A contratação temporária, consoante entendimento desta Corte, unicamente poderá ter lugar quando: 1) existir previsão legal dos casos; 2) a contratação for feita por tempo determinado; 3) tiver como função atender a necessidade temporária, e 4) quando a necessidade temporária for de excepcional interesse público. 5) In casu, o Plenário desta Corte entendeu a inconstitucionalidade de toda a Lei nº 4.599 do Estado do Rio de Janeiro que disciplina a contratação temporária, dado o seu caráter genérico diante da ausência de uma delimitação precisa das hipóteses de necessidade de contratação temporária. Restou ressalvada a posição vencida do relator, no sentido de que apenas o art. 3º da norma objurgada conteria preceito inconstitucional, posto dúbio e dotado de trecho capaz de originar uma compreensão imprecisa, inválida e demasiado genérica, no sentido de que a própria norma por si só estaria criando os cargos necessários à realização da atividade, o que é juridicamente inviável, uma vez que referida providência dependeria de lei específica a ser aprovada diante de uma superveniente necessidade, nos termos do que previsto no art. 61, §1º, II, alínea “a”, da Constituição da República. 6) É inconstitucional a lei que, de forma vaga, admite a contratação temporária para as atividades de educação pública, saúde pública, sistema penitenciário e assistência à infância e à adolescência, sem que haja demonstração da necessidade temporária subjacente. 7) A realização de contratação temporária pela Administração Pública nem sempre é ofensiva à salutar exigência constitucional do concurso público, máxime porque ela poderá

ocorrer em hipóteses em que não há qualquer vacância de cargo efetivo e com o escopo, verbi gratia, de atendimento de necessidades temporárias até que o ocupante do cargo efetivo a ele retorne. Contudo, a contratação destinada a suprir uma necessidade temporária que exsurge da vacância do cargo efetivo há de durar apenas o tempo necessário para a realização do próximo concurso público, ressoando como razoável o prazo de 12 meses. 8) A hermenêutica consequencialista indicia que a eventual declaração de inconstitucionalidade da lei fluminense com efeitos ex tunc faria exsurgir um vácuo jurídico no ordenamento estadual, inviabilizando, ainda que temporariamente, a manutenção de qualquer tipo de contratação temporária, o que carrearía um periculum in mora inverso daquele que leis como essa, preventivas, destinadas às tragédias abruptas da natureza e às epidemias procuram minimizar, violando o princípio da proporcionalidade – razoabilidade. 9) Ex positis, e ressalvada a posição do relator, julgou-se procedente a ação declarando-se a inconstitucionalidade da Lei Estadual do Rio de Janeiro nº 4.599, de 27 de setembro de 2005. 10) Reconhecida a necessidade de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para preservar os contratos celebrados até a data desta sessão (28/05/2014), improrrogáveis após 12 (doze) meses a partir do termo a quo acima.” (ADI 3649, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 28/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014; grifos aditados)

Tem-se, pois, que a contratação de pessoal, por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, além de ser breve e autorizada por LEI, não excepciona, indefinidamente, a regra constitucional da realização de concurso público.

Acrescente-se que, independente de ser o serviço de natureza transitória ou permanente, **deve ficar comprovado o excepcional interesse público e a urgente necessidade, encontrando-se a Administração em situação incomum e imprevisível.**

Frise-se que a expressão “excepcional interesse público” se refere apenas aos casos que fogem da normalidade, do comum, do dia a dia, do que foi previamente planejado, àquelas situações emergenciais, cuja demora na prestação pelo poder público poderá ocasionar prejuízos irreparáveis aos administrados, como, por exemplo, calamidade pública, combate a surtos endêmicos, realização de recenseamentos, etc..

Imperioso consignar que o Edital de convocação do Processo Seletivo deverá conter a quantidade de vagas a serem preenchidas e respectivas funções, a carga horária, o período da contratação, as localidades de atuação dos contratados, a remuneração, a reserva de percentual das vagas para pessoas portadoras de deficiência e a definição de critérios de sua admissão, etc..

Percebe-se, desta sorte, que a regra geral para admissão de pessoal no serviço público é através de concurso público. Permite-se, contudo, **excepcionalmente**, a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, a qual deve ser breve e autorizada por Lei, que, por sua vez, estabelecerá, dentre outros, os casos em que se aplica, o prazo máximo de contratação, possibilidade (ou não) de prorrogação do contrato e nova contratação de mesma pessoa, ainda que para outra função, remuneração, direitos e deveres, reserva de percentual de vagas para as pessoas portadoras de deficiência e definição de critérios de sua admissão, bem como os parâmetros objetivos e impessoais de recrutamento dos contratados temporariamente, a exemplo, de processo seletivo simplificado, sujeito à ampla divulgação, observada a dotação orçamentária específica.

Dito isso, esclarece-se que, considerando que a Lei Complementar nº 173/20 permite a contratação por tempo determinado, caberá ao Gestor, diante da realidade fática do seu Município e da situação excepcional porventura existente, avaliar e decidir acerca da real necessidade de contratações temporárias, observando as hipóteses e os requisitos constantes na Lei local que disciplina a referida situação, destacando que a realização de contratações temporárias deverá ser precedida de justificativa fundamentada e da comprovação fática da situação excepcional invocada e deverá persistir pelo tempo estritamente necessário à cessação da causa que motivou a contratação.

Por outro lado, quanto ao questionamento referente à possibilidade de realocação das servidoras gestantes em outro setor, registre-se que neste caso o Gestor deverá cumprir a regra estabelecida pelo art.8º, da citada Lei 173/20, que impede a criação de cargo, emprego ou função que implique em aumento de despesa, ressalvados os casos de reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios e as reposições de cargos de chefia, de direção e de assessoramento que não acarretem aumento de despesa.

Salvo melhor juízo, essa é a orientação da Assessoria Jurídica do TCM/BA, de caráter opinativo e orientativo, elaborada de acordo com os subsídios fornecidos pelo Consultente.



Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia

É o parecer. À consideração superior.

Salvador, 08 de junho de 2021.

Ana Marta Meira Machado Duran

Assessora Jurídica